

CONCLUSION GENERALE

Contrairement à l'affirmation de Friedman sur laquelle s'ouvrait cette étude, il semble aujourd'hui incontestable que l'expropriation indirecte a pu « soulever de grandes difficultés » en droit international. Ces difficultés tiennent, pour l'essentiel, à son identification, puisque l'existence d'une expropriation indirecte implique celle d'une obligation de compensation financière de l'investisseur à la charge de l'État¹. Dans cette entreprise d'identification, il semble possible de conclure ici que les approches centrées exclusivement sur l'impact porté à la propriété de l'investisseur (il y aurait expropriation indirecte à partir du moment où la mesure provoque une atteinte « suffisante » à la propriété) ou sur les caractères de la mesure étatique (il n'y aurait pas expropriation indirecte dès lors que la mesure procède de l'exercice de pouvoirs légitimes ou répond à certaines caractéristiques) ne sont pas satisfaisantes. En montrant dans la première partie, en effet, qu'un État ne pouvait être condamné à indemniser un investisseur par un tribunal arbitral *que s'il se rend coupable d'une utilisation illicite de son « pouvoir d'expropriation indirecte »*, cette étude permet de confirmer que l'ensemble des paramètres doivent être pris en considération dans une affaire donnée : l'atteinte à la propriété elle-même, bien entendu, mais aussi la mesure qui l'a provoquée. Ce qui importe, en définitive, est la confrontation entre l'une et l'autre. Seule cette confrontation permettra de juger si l'on se trouve en présence d'une atteinte qui doit faire l'objet d'une compensation, ou non. La seconde partie vient confirmer cette nécessité de prendre en compte *à la fois* l'atteinte à la propriété et les caractères de la mesure, en montrant qu'à l'inverse, un État *ne peut être tenu responsable pour une atteinte normale à la propriété de l'investisseur étranger, étant entendu que cette qualification dépend du rapprochement entre l'atteinte portée à la propriété et l'objectif de la norme étatique qui l'a provoquée*. Cette affirmation n'est néanmoins valable que si l'objectif en question est licite en droit international. Dans un cas (existence d'une expropriation indirecte) comme dans l'autre (absence d'expropriation indirecte), le résultat dépend donc de la confrontation de l'atteinte à la propriété et de la mesure qui l'a provoquée.

Il faut donc insister sur le fait que l'atteinte portée à la propriété de l'investisseur étranger doit être évaluée non pas d'un point de vue strictement *quantitatif*, mais

¹ V. *supra*, Introduction.

L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

d'un point de vue *qualitatif*. En soi, l'ampleur de l'atteinte à la propriété ne peut permettre de tirer une conclusion sur le point de savoir si la mesure qui l'a provoquée peut être ou non qualifiée d'expropriation indirecte. Cette qualification procède nécessairement de la confrontation entre cet impact porté à l'investissement et la finalité de la mesure qui en est à l'origine. Seul ce rapprochement permettra d'établir si l'atteinte à la propriété est « normale » (*i.e.*, si elle fait partie de la norme, si elle en est une composante, la norme perdant son objet sans cette atteinte au droit de propriété) ou non. En définitive, tout dépendra de l'objectif poursuivi par la mesure, et des sacrifices en termes d'atteinte au droit de propriété et/ou à l'investissement qui sont nécessaires pour atteindre cet objectif. En fonction de ce paramètre, dans certains cas, une atteinte importante à la propriété ne se verra pas qualifier d'expropriation indirecte, alors que dans d'autres circonstances, une atteinte moins substantielle pourrait être sanctionnée sur ce fondement. Telle est donc, en résumé, la première conclusion à laquelle permet d'aboutir cette étude : *l'identification d'une expropriation indirecte suppose de prendre en considération l'atteinte à la propriété et la mesure qui l'a provoquée, pour confronter l'une à l'autre. C'est la qualification de la nature de la première à l'aune de l'objectif poursuivi par la seconde qui déterminera si l'on se trouve, ou non, en présence d'une expropriation indirecte.*

Cette première conclusion en implique une deuxième, qui n'est pas moins importante : le droit de l'expropriation indirecte est un régime qui porte en lui-même la protection de la liberté normative de l'État, sans que le recours à des techniques juridiques extérieures (exception, dérogation, etc.) soit nécessaire. La multiplication, au sein des TBI, des clauses tendant à exclure certaines mesures de la qualification d'expropriation indirecte ou à empêcher que des « mesures de réglementation » dans l'intérêt général soient attaquées sur ce fondement ne modifient nullement l'état du droit, par conséquent. En effet, le régime de l'expropriation indirecte ne s'applique pas à ces mesures, en tout état de cause, si l'atteinte qu'elles portent à la propriété étrangère peut être jugée « normale ». En d'autres termes, *la clause d'expropriation indirecte se suffit à elle-même pour protéger la liberté normative de l'État, en même temps qu'elle assure à l'investisseur une protection certaine contre les abus de ce pouvoir normatif.* Par conséquent, le recours à des clauses d'exception ou d'exclusion, ou même aux circonstances excluant l'illicéité ne semble pas pertinent, et leur utilité peut être légitimement questionnée, puisqu'elles ont vocation à s'appliquer à des situations juridiques pour lesquelles le droit de l'expropriation indirecte n'impose aucune obligation de compensation à la charge de l'État. Un investisseur contraint de diminuer considérablement son activité à la suite d'une mesure de régulation de l'économie destinée à sauvegarder l'équilibre du pays, d'une mesure de protection de l'environnement dont la légitimité internationale est établie, ou d'une mesure destinée à assurer les droits des travailleurs ne pourrait donc probablement pas obtenir satisfaction sur le fondement de l'expropriation indirecte s'il est établi que les pertes qu'il a éprouvées sont indissociables de la satisfaction de l'objectif de la mesure. Mais cette solution trouve son fondement juridique dans le régime de l'expropriation indirecte lui-même, puisqu'il s'agit d'atteintes normales à l'investissement : nul

CONCLUSION GÉNÉRALE

n'est donc besoin de rechercher un autre fondement, *police powers*, clause d'exclusion ou circonstances excluant l'illicéité. Il semble donc que la multiplication de ces dispositions dans les TBI ne soit pas autre chose que le signe d'un rééquilibrage du droit de l'investissement, dont certains observateurs ont pu craindre dans un premier temps qu'il ne se fasse dans un sens extrêmement favorable aux opérateurs économiques privés, au détriment des États². Un groupe d'universitaires a même récemment cherché à attirer l'attention du public et des acteurs principaux de la discipline sur cette nécessité de rééquilibrer le droit de l'investissement au profit des États³. Il a donc été notamment recommandé à ces derniers, dans cette perspective, de « réexaminer les traités d'investissement qu'ils ont signés afin de déterminer s'ils doivent s'en retirer ou les renégocier »⁴. Il apparaît toutefois, au terme de cette étude, que la modification des dispositions des TBI (et *a fortiori*, la dénonciation de ces traités) n'est pas absolument indispensable pour préserver la liberté normative des États, au moins dans le domaine de l'expropriation indirecte. Nous avons en effet tenté de montrer qu'une application rigoureuse du droit sur cette question permet, dans une large mesure, de préserver au profit des États une liberté d'action importante dans le sens de l'intérêt général. D'autant plus que, si elle a été initialement conçue par certains tribunaux comme une clause n'ayant d'autre objet que la protection de la propriété privée de l'investisseur étranger – en témoignent la sentence *Metalclad* et les commentaires désapprobateurs auxquels elle a donné lieu⁵ – l'expropriation indirecte telle qu'elle est aujourd'hui perçue reflète un équilibre satisfaisant entre les intérêts antagonistes de l'investisseur et de l'État⁶.

Il en découle, au demeurant, une troisième conclusion. Récemment, M. Reisman et R. Digion mettaient en avant un certain effacement de l'expropriation indirecte dans le contentieux investisseur / État, tout en le déplorant⁷. Ces dernières années, il semble en effet que le traitement juste et équitable (TJE) l'ait supplantée comme clause promise à prospérer. Or, le TJE implique de la part des

² V. par exemple, pour une expression de cette préoccupation GANGULY (S.), « The investor-State dispute mechanism (ISDM) and a sovereign's power to protect public health », *Columbia journal of transnational law* vol. 38, 1999, pp. 113-168 ; ou encore LEVESQUE (C.), « Les fondements juridiques de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *Revue générale de droit*, vol. 33, 2003 (1), pp. 39-92.

³ V. la « Déclaration publique sur le régime de l'investissement international » du 31 août 2010 publié par l'Université de York au Canada, disponible sur http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement/.

⁴ *Ibid.* point n°14.

⁵ V. par exemple PRUJINER (A.), « L'expropriation, l'ALENA et l'affaire *Metalclad* », *International law forum* vol. 5, 2003(3), pp. 205-214, spéc. p. 214, au sujet de l'impact politique de la sentence.

⁶ V. sur ce constat JUILLARD (P.), « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (2004) », *A.F.D.I.* 2004, pp. 669-682, spéc. pp. 675-676, relevant que la modification des dispositions du modèle américain de TBI relatives à l'expropriation « montre que les traités bilatéraux d'investissement, conçus à l'origine comme des instruments de défense des intérêts privés, tendent désormais à ménager un certain équilibre entre intérêts privés et intérêt public ».

⁷ REISMAN (M.), DIGION (R.), « Eclipse of expropriation ? », in ROVINE (A.) (éd.), *Contemporary issues in international arbitration and mediation. The Fordham papers 2008*, Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 27-46.

tribunaux arbitraux un jugement bien plus subjectif que l'expropriation, et c'est la sécurité juridique qui se trouve alors menacée. Peut-être, dans ces conditions, la conception de l'expropriation indirecte qui a été mise en avant dans cette étude permettrait-elle de répondre à cette préoccupation légitime. Si l'expropriation indirecte a été récemment moins invoquée par les investisseurs, c'est parce que les tribunaux ont été de moins en moins nombreux à condamner les États sur ce fondement. Or, il n'est pas du tout impossible que cette attitude des arbitres ait été, précisément, influencée par les critiques adressées à certaines sentences qui avaient engagé la responsabilité des États sur le fondement de l'expropriation indirecte, et qui apparaissaient par trop favorables aux intérêts privés de l'investisseur. Aussi, la conception de l'expropriation indirecte ici défendue permettrait-elle sans doute de réhabiliter la clause d'expropriation, puisqu'elle en propose une conception probablement fondée sur un meilleur équilibre entre les intérêts en présence. *Cesser de considérer que l'expropriation indirecte est exclusivement destinée à protéger la propriété des investisseurs étrangers sans prendre en compte les intérêts étatiques mènerait probablement à son retour en force.* Et cela semble d'autant plus souhaitable que, comme le souligne M. Reisman, c'est une clause qui laisse aux tribunaux arbitraux une marge d'appréciation discrétionnaire bien moindre que le traitement juste et équitable puisque, si elle est analysée rigoureusement, l'expropriation indirecte n'implique aucun élément subjectif.

Cette réhabilitation d'une clause un peu effacée ces derniers temps dans la jurisprudence serait d'autant plus souhaitable, pour les investisseurs comme pour les États, que les situations pouvant être analysées sous l'angle de l'expropriation indirecte pourraient être amenées à se multiplier à l'avenir. La crise économique mondiale qui a secoué la planète à l'automne 2008 a, en effet, largement remis au goût du jour l'interventionnisme étatique que l'idéologie libérale avait pu légèrement estomper. Ce « retour de l'État » dans l'économie se traduit d'ailleurs par une réapparition des mesures d'expropriation à grande échelle et/ou de nationalisation, sous l'impulsion notamment de l'État vénézuélien⁸. Or, les mesures de régulation économique qu'un État peut prendre pour assurer la stabilité l'économie nationale – appelées sans doute à se multiplier encore quelques temps – sont parfaitement susceptibles de donner lieu à des réclamations sur le fondement de l'expropriation indirecte si elles affectent les droits de propriété d'un investisseur étranger. Il faut observer au surplus que les politiques de protection de l'environnement sont, de leur côté, appelées à s'intensifier notamment dans certains « pays émergents »⁹. Il est clair qu'un

⁸ BASTID-BURDEAU (G.), « Nationalisations : le retour ? » in *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle. Mélanges en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009, pp. 257-261. Aux yeux de l'auteur, ce phénomène ne devrait pas être appelé à se généraliser compte tenu du manque général de prévisibilité dans la vie économique contemporaine. Mais il se pourrait que les nationalisations connaissent un terrain de développement encore tout à fait favorables dans le domaine des matières premières.

⁹ V. BOUSSOU (J.), « L'Inde impose aux industriels d'être plus 'verts' », *Le Monde* du vendredi 1^{er} octobre 2010, p. 4. L'article fait notamment état du retrait d'une autorisation de développement d'un projet industriel au détriment de l'entreprise Lafarge pour des raisons écologiques. La même

CONCLUSION GÉNÉRALE

certain nombre de mesures établies dans ce contexte pourraient également donner lieu à des réclamations sur le fondement de l'expropriation indirecte. Il est bien entendu impossible d'apporter une réponse de principe à la question de savoir si de telles demandes seraient susceptibles d'être admises. Mais, dans leur analyse au cas par cas, l'examen de la normalité de l'atteinte portée à la propriété au regard de l'objectif poursuivi par les autorités pourrait contribuer à des solutions justes et équilibrées.

En dernier lieu, et dans un ordre d'idées plus général, l'analyse de l'expropriation indirecte sous l'angle des règles de la responsabilité internationale permet d'insister sur le rôle central que peut jouer le préjudice dans l'application de celles-ci. Dans l'expropriation indirecte, en effet, la solution retenue par le tribunal arbitral demeurera pleinement centrée sur l'atteinte portée à l'investissement, même si l'on a vu que cette seule atteinte ne permettait pas d'aboutir à une solution. Mais c'est en fonction de cette atteinte, de la manière dont elle a été provoquée et du rapport qu'elle entretient avec l'objectif poursuivi par la mesure étatique qui en est à l'origine, qu'il pourra être déterminé qu'un État s'est ou non rendu coupable d'une expropriation indirecte. Il est donc bel et bien des hypothèses dans lesquelles l'aspect prétendument objectif du droit de la responsabilité internationale s'efface totalement, puisque cette responsabilité n'est pas envisageable sans l'existence d'un préjudice. Ce qui se manifeste, dans une large mesure, par le fait qu'un État n'est condamné à indemniser un investisseur étranger sur le fondement de l'expropriation indirecte que s'il provoque une dépossession susceptible d'être qualifiée de préjudice ; et par le fait qu'un État ne peut être condamné sur ce fondement s'il provoque une atteinte normale à l'investissement, parce qu'une telle atteinte ne peut accéder à la qualification de préjudice indemnisable.

À cet égard, il y a lieu de signaler qu'une telle étude est également l'illustration de la valeur juridique qui a fini par être reconnue aux articles de la C.D.I. relatifs à la responsabilité. Il est en effet entendu que ces articles n'ont, formellement, d'autre valeur que celle qui est conférée aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Mais la multiplicité de leur application par les tribunaux, et l'absence de contestation de cette possibilité par les États, témoigne de ce qu'ils sont aujourd'hui largement acceptés comme le reflet des règles coutumières existantes. C'est un processus de création normatif somme toute assez original en droit international qui s'est ainsi manifesté : l'absence de caractère contraignant de la Résolution 56/83 de l'Assemblée générale n'a ainsi pas été un obstacle à son application, si importante depuis son adoption que la valeur obligatoire de son contenu sur une base coutumière n'est aujourd'hui plus vraiment contestable.

En définitive, et pour revenir à la question qui faisait l'objet de cette étude, il semble que l'on puisse se ranger sans réserve aux propos de S^t Thomas

entreprise est actuellement sous le coup d'une interdiction provisoire de l'exploitation d'une mine pour les mêmes raisons. Sans préjudice de la solution qui pourrait prévaloir au fond, il est absolument certain que ces cas de figure pourraient parfaitement donner lieu à un contentieux sur le fondement de l'expropriation indirecte devant un tribunal arbitral.

d'Aquin qui, en des termes qui ne sont pas sans parenté avec la problématique générale de l'expropriation indirecte, affirmait que « *les lois sont justes à raison de leur fin, à savoir quand elles sont ordonnées au bien commun ; et en raison de leur auteur, à savoir quand la loi portée n'excède pas le pouvoir de celui qui la porte ; et en raison de leur teneur, à savoir lorsque les charges imposées aux sujets selon les exigences du bien commun, le sont d'après une égalité de proportion* »¹⁰. Même si ce ne sont là que quelques mots extraits d'un raisonnement dont on ne saurait rendre compte en quelques lignes, force est de reconnaître que le droit de l'expropriation indirecte, dans la droite ligne de cette observation, ne permet pas aux investisseurs d'obtenir une réparation pour des pertes qui ne sont autres que des charges nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général, celles-là mêmes que nous qualifions d'« atteintes normales » au droit de propriété. S^t Thomas d'Aquin justifiait encore la nécessité pour les individus de consentir un certain nombre de sacrifices au profit de la collectivité par une prescription du droit naturel, preuve que le droit international de l'investissement n'est sans doute pas si novateur sur cette question : « *[a]ussi bien la nature elle-même lèse-t-elle la partie pour sauver le tout. Et dès lors, des lois ainsi faites, qui répartissent proportionnellement les charges, sont justes et obligatoires en for de conscience, et sont des lois légales* »¹¹.

¹⁰ S^t THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, « Des lois », I a, II ae, q. 96, art. 4, Paris, Plon, 1946, trad. Kaelin, cité par OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1^{ère} ed., 1999, p. 43.

¹¹ *Ibid.*